



Valerio Tozzi

(ordinario di Diritto ecclesiastico nella Facoltà di Scienze Politiche
dell'Università di Salerno)

La famiglia secondo lo Stato non è quella del diritto canonico ¹

SOMMARIO: 1. Necessità di riforme – 2. La diversità delle situazioni considerate.
a) La domanda degli omosessuali di costituire la famiglia; b) Le unioni di fatto – 3.
Notazione ecclesiasticistica - 4. La politica e la dottrina.

1. Necessità di riforme

Sul tema della famiglia vi sono sensibilità assai diverse ed opinioni anche molto discordi fra loro. Questo non è un male, perché l'Italia è una democrazia abbastanza matura da potere sopportare una pluralità di opinioni, purché si resti nello *spirito alto*, che fu proprio dell'Assemblea costituente, di cercare il minimo comune denominatore fra i diversi modi di sentire il problema, muovendo dal pieno e sincero rispetto delle opinioni degli altri.

Le sedi parlamentari sono coinvolte in una moltitudine di proposte di legge su "Diritti e doveri delle persone stabilmente conviventi", dalle quali è difficile enucleare delle linee comuni di fondo, giacché non è nemmeno chiaro se si tutelino dei meri *fatti* o se si voglia creare uno *status* giuridico, identico, simile o diverso dal matrimonio. La proposta governativa (Disegno di legge – XV legislatura, Atto n. 1339), poi, addirittura sembra volere imporre un qualche regime giuridico come mera conseguenza di una evanescente situazione di fatto, senza nemmeno richiedere il consenso degli interessati. La prospettiva considerata dai proponenti sarebbe di tutelare qualche supposto contraente debole, anche se la definizione del fatto causativo dell'imposizione giuridica è appena tratteggiato in maniera sommaria. Insomma, un pasticcio.

L'elemento comune che mi sembra di ravvisare nei disegni di legge in esame è che, tutti mirano a differenziare le situazioni di convivenza e unione interpersonale dal matrimonio, implicitamente tendendo a negare che da esse possa nascere una famiglia come società naturale, quale è quella invocata nell'art. 29 della Costituzione. Tutte prevedono per le unioni di fatto una tutela diversa e comunque

¹ Intervento alla giornata di studio: *Famiglia o famiglie? Interrogiamo il diritto*, tenuto a Macerata il 27 aprile 2007.



attenuata, rispetto a quella stabilita dall'ordinamento vigente per il matrimonio, ma le ragioni addotte a giustificazione degli assetti proposti non sembrano convincenti. Si riconosce che dal principio personalista degli articoli 2 e 3 della Costituzione nasca il diritto alla tutela dei comportamenti umani tendenti alla creazione di *formazioni sociali* utili alla promozione della persona, ma si rifiuta aprioristicamente l'accostamento fra il matrimonio, quale si è storicamente strutturato nel nostro ordinamento e altre situazioni, peraltro, assai diverse fra loro.

Taluni fondano la differenziazione leggendo in connessione causale fra loro l'articolo 29 e gli articoli 30 e 31 della Costituzione, concludendo che da queste norme risulterebbe privilegiato il modello matrimoniale, costituente una formazione sociale *naturale*, che non ammette l'equivalenza con altri fenomeni di convivenza, o di progetti di vita comune, quantunque fondati su affetti, solidarietà, assistenza.

Non sono incline a ritenere il ragionamento primo riportato come verificato.

La disciplina dell'articolo 30 della Costituzione ha ad oggetto la tutela della prole, imponendo un obbligo ai genitori (comma 1°) o a chi li sostituisca (comma 2°) e prevedendo le diverse possibilità di procreazione, all'interno della famiglia legittima, o fuori di essa (art. 30 comma 3°).

La stessa locuzione *famiglia legittima* sembra autorizzare l'idea che possa esservi anche altro tipo di *famiglia (naturale?)*, senza che da ciò possa dedursene un regime necessariamente diverso, atteso che oggetto della tutela di principio è la prole e dell'obbligo la condizione di genitore.

Inoltre, l'evoluzione dei comportamenti sociali deve essere registrata e organizzata dal legislatore, anche re-interpretando gli enunciati costituzionali, purché non contraddica i principi fondamentali. Nel caso di specie, poi, principio fondamentale è la tutela delle persone e dei loro bisogni, siano essi genitori o figli e non la tutela di uno specifico modello di unione fra persone, storicamente sempre cangiante.

L'articolo 31 della Costituzione, quindi, lungi dal costituire limite alla protezione della famiglia di fatto, può costituirne il fondamento, nello spirito *personalista* che è principio fondamentale.

Certamente i Costituenti, nell'enunciare l'articolo 29, ebbero presente la famiglia *tradizionale*, nella cui forma ha avuto rilievo la tradizione religiosa cattolica del popolo italiano. Ma la storia ci insegna che, il cosiddetto *modello tradizionale* non può vantare caratteri molto univoci, salvo a volerlo immobilizzare, come in una fotografia,



ignorando che quello evocato fu regolato nello specifico momento in cui il legislatore italiano operava in regime di dittatura e sotto la vigenza del principio del *cattolicesimo religione dello Stato*, in pieno clima concordatario. Né credo sia seriamente sostenibile che i Costituenti, nel cui novero si comprendeva sia la cultura comunista-socialista, sia quella liberale, sia quella cattolica, volessero riferire i concetti di matrimonio e famiglia ad un unico modello di tipo confessionale, quale quello che la sola componente cattolica poteva considerare come unico valido. Nel 1948 i tempi non erano maturi per specificazioni che avrebbero alimentato dissidi politici; l'imperativo politico era la ricostruzione morale, giuridica, economica del Paese in un contesto di democrazia, ma nessun elemento autorizza a dire che fu prescelto il modello canonico di matrimonio e di famiglia o un omologo civile di esso. Anzi, gli ampi e significativi elementi di contemporanea attenzione a culture diverse presenti nell'Assemblea, specialmente nelle statuizioni di ordine più generale, introdussero nella Costituzione elementi di pluralismo e laicità, che non hanno mancato di produrre frutti man mano che la coscienza democratica permeava la cultura delle nuove generazioni.

In questi frutti sta il successo della Costituzione, che sempre più appresta soddisfazione alle esigenze di *tutte* le componenti sociali, superando la visione di parte che, non solo il regime fascista, ma anche la permanenza al potere di oligarchie monoculturali, ha fatto spesso tanto attardare. Anche il divorzio non era previsto, invece, venti anni dopo l'entrata in vigore della Costituzione, è stato istituito *a furore di popolo e contro la politica della Chiesa*; anche l'interruzione della gravidanza. Si tratta di innovazioni volute dai Parlamenti successivi, non contro, ma senza il contributo della Chiesa o delle forze politiche ad essa più legate. Viceversa, l'istituto matrimoniale odierno, anche se fortemente evoluto e modificato rispetto al matrimonio-sacramento ed al modello civile originario, sembra ancora gravato da orpelli che non corrispondono alla coscienza diffusa nella società. Ne è esempio l'obbligo della fedeltà coniugale (articolo 143 c.c.), così poco condiviso nella realtà pratica, da rendere incomprensibile la sua permanenza come carattere obbligatorio dell'istituto. Così pure l'estensione odierna dei vincoli nascenti dall'affinità (articolo 78 c.c.).

L'ordinamento giuridico considera il matrimonio come un rapporto tra persone generante una formazione sociale che è fondamento della convivenza civile, connettendovi obblighi, diritti, conseguenze giuridiche, che operano in tanti campi. Dallo *status* di coniugato derivano ambiti di certezze e conseguenze relazionali giuridicamente normate, utili ai soggetti fruitori e necessarie



all'ordinato svolgimento della vita sociale. Il ch  non esime il legislatore dal prestare continua attenzione ai fenomeni nuovi, che esigono adeguamenti delle discipline giuridiche, anche modificative o integrative dei precedenti assetti. Anzi, proprio per continuare a garantire l'ordinato svolgimento della vita sociale e per corrispondere alla funzione di *servizio alla societ * che il legislatore e i poteri pubblici in generale hanno, non si pu  ideologicamente prospettare barriere che non rispondano al quadro dei principi fondamentali che presiedono alla convivenza sociale.

Per contro, l'estensione delle tutele giuridiche innanzi dette alle unioni di fatto non pu  essere operata senza muovere dalle situazioni in cui andrebbero ad operare. Gli esempi innanzi richiamati delle leggi n. 898 del 1970 e n. 151 del 1975, ne sono conferma, anche se ormai lontani nel tempo. Anche le pi  recenti discipline sulla fecondazione assistita, o sull'adozione, costituiscono implementazioni nel regime familiare, che sempre pi  richiedono una rilettura organica ed aggiornata dell'istituto familiare.

Matrice comune delle riforme intervenute dopo il 1970   il *rispetto della pluralit  di opzioni di coscienza della persona umana*, per presa coscienza dell'intervenuto superamento dell'unit  culturale del Paese intorno ai valori religiosi cattolici dogmaticamente intesi. La stessa matrice deve operare in materia di unioni di fatto considerando che, l'evoluzione scientifica, i mutamenti economici, sociali, dei costumi, determinano un'evoluitivit  dei contenuti degli stessi principi costituzionali per adattarli ai contesti, fermi i valori fondanti e condivisi dalla comunit  nazionale. Il principio della condivisione, per , non pu  integrare un diritto di veto reciproco fra le diverse componenti della societ .

La condivisione, cio  il solidarismo, sono il presupposto dell'appartenenza alla comunit  nazionale e *consistono nell'assoluto, incondizionato, paritario, rispetto reciproco fra i consociati e delle loro diverse sensibilit , culture ed opinioni*. Ne consegue che, *il valore condiviso deve essere il rispetto della persona, non ogni specifica opzione di coscienza in s , sia essa cristiana, atea, o di altra natura* e cos  per i comportamenti consequenziali di ciascuno. Contemporaneamente, anche l'incondizionato rispetto della personalit  altrui non pu  attenuare oltre misura i nostri diritti di libert . I comportamenti nascenti dalla cultura, personalit  o da esigenze di coscienza di ciascuna persona devono trovare il limite dell' *alterum non ledere*. Cio  non si possono reclamare libert  lesive della libert  altrui. Personalismo, pluralismo, libert  ed uguaglianza dovrebbero essere i canoni fondamentali sui quali articolare anche le innovazioni al diritto di famiglia.



2. La diversità delle situazioni considerate

Ho definito i disegni di legge di cui parliamo come un pasticcio. Essi presentano il difetto di accomunare in un unico pentolone situazioni diverse, che richiedono discipline differenziate, perciò contribuiscono ulteriormente alla schizofrenia fra regole e principi.

La realtà pratica sembra evidenziare due grandi categorie di esigenze non tutelate dal sistema giuridico vigente, che non sono accomunabili tra loro.

a) Vi sono persone omosessuali che vogliono sposarsi e costituire una famiglia. Costoro vorrebbero beneficiare della tutela giuridica della famiglia quale è complessivamente sancita nell'ordinamento civile, a cominciare dal diritto a contrarre matrimonio, del quale accettano di assumere tutti gli obblighi e le responsabilità previsti dalle leggi.

b) Vi sono persone eterosessuali (ma anche omosessuali) che rifiutano il matrimonio. Costoro non vogliono assumere i vincoli che la legge connette a quell'istituto, ma talora chiedono una tutela giuridica del legame che costituiscono, analogo o diverso, rispetto a quello previsto per la famiglia fondata sul matrimonio.

Nel caso degli omosessuali, oggi, non si può distinguere quando, come gli eterosessuali, desiderino le stesse tutele del matrimonio o vogliano il riconoscimento di unioni di fatto alternative ad esso; ciò in conseguenza del divieto per essi operante di sposarsi.

Le due situazioni prospettate sub a) e b) sono assolutamente disomogenee e non possono essere accomunate in un'unica disciplina. Viceversa, tutti i disegni di legge sin qui esaminati fanno di *tutt'erbe un fascio*.

2.a - La domanda degli omosessuali di costituire la famiglia

Lo studioso deve muovere la sua analisi dal fatto che l'omosessualità è oggetto di una valutazione negativa da parte di molti e segnatamente della Chiesa cattolica. Le modalità di pratica sessuale di costoro è oggetto di rifiuto da parte di alcuni ed è stata caratterizzata da alterne fasi storiche di vera e propria persecuzione o di *pudica* tolleranza. In epoca recente o recentissima, in Italia, gli omosessuali hanno rivendicato ed ottenuto la libertà di esprimere il proprio modo di essere, anche attraverso lotte sociali rumorose o di avanguardie militanti, non senza opposizioni e riserve, talora anche ipocrite. Anzi, vi sono movimenti, associazioni ed organizzazioni sociali di base che



militano e vigilano a tutela del loro diritto di parità, ancora coscientemente o in-coscientemente contestato da molti.

Proverò ad esaminare se sussistono seri impedimenti all'accoglimento della loro prima esigenza.

2.a.1 - La pratica del sesso in maniera non uguale a quella degli eterosessuali.

Le differenze di comportamento sessuale determinano una insormontabile alternatività di situazioni, per cui non si può ritenere che la coppia omosessuale possa costituire una famiglia proteggibile ai sensi dell'art. 29 della Costituzione? Si tratta di un modo di vivere la sessualità che non dovrebbe avere nessun divieto dall'ordinamento dello Stato, che è impegnato alla parità dei sessi e nemmeno sancisce un obbligo di rigida appartenenza di genere. Infatti, il mutamento di sesso nello stato civile deriva dalla consapevolezza della contemporaneità di valenze fisiche e psichiche nella determinazione di esso.

Il sesso non è fra i comportamenti regolamentati dalla legge statale. Non tutti gli aspetti della vita umana sono suscettibili di disciplina giuridica e la regolazione legale dei comportamenti dell'uomo ha causa nella necessità di convivenza secondo il *patto di solidarietà* che è alla base della convivenza della popolazione insediata in uno Stato. Il legislatore prende talora in considerazione l'attività sessuale indirettamente (es. per le campagne anti AIDS, o per reprimere le violenze interpersonali perpetrate in questo ambito), ma non legifera per ordinarne le modalità di pratica. Quindi, la varietà di tendenze sessuali non sembra giustificare una differenziazione fra i diritti delle persone; non è un argomento utile alla legittimazione della differenziazione dei regimi di unione interpersonale.

2.a.2 - Se la legittimazione della famiglia omosessuale sia eventualmente suscettibile di ledere la libertà degli altri

Si evidenzia in qual modo l'aspirazione degli omosessuali a costituire fra loro una famiglia determini limitazioni della altrui libertà e ne discuteremo.

2.a.3 - In ordine alle riserve da taluni prospettate circa la *naturalità* dell'omosessualità

Per quanto riguarda l'evocazione del "diritto naturale", quando l'art. 29 della Costituzione parla di "società naturale", mi permetto di riportare il pensiero espresso da Gustavo Zagrebelsky il 16 aprile scorso a Torino, nella *lectio magistralis* in occasione della consegna del Premio A.C. Jemolo.

Vi è un concetto *antico* di diritto naturale, fondato sulla pretesa oggettività dei valori morali, che fondava sulla sostanziale oggettività



dei valori espressi dalla religione cattolica in epoca di monismo culturale; vi è poi un concetto *moderno* di diritto naturale che, postulando il pluralismo delle coscienze, si fonda sulla percezione che le coscienze umane situazionalmente hanno di ciò che sia giusto in natura. Questo “diritto naturale moderno”, mancando di unitarietà, perché la percezione delle coscienze non è uguale, non può più oggettivizzare un ordine di natura, ma suppone la dialettica ed il pluralismo delle sensibilità umane, divenendo *relativo*. Salvo che non si voglia imporre a tutti la visione dogmatica della teologia antica del diritto naturale, quindi, anche il richiamo alla *famiglia naturale* non sembra poter configurare un modello rigido che sarebbe implicitamente recepito dal Costituente.

2.a.4 - La asserita preferenza costituzionale per la *famiglia tradizionale*

L'esigenza degli omosessuali di costituire legalmente famiglia viene contestata da alcuni in nome di un concetto di *famiglia*, definito *tradizionale* e che sembra troppo combaciante con quello della Chiesa e del diritto canonico.. Cercherò di verificare se i caratteri essenziali degli istituti canonistici corrispondenti risultino recepiti dai costituenti o dal diritto civile contemporaneo, in maniera da precludere l'accoglimento delle aspettative degli omosessuali.

Si sostiene che il modello matrimoniale tradizionale dovrebbe presentare il carattere del *totius vitae consortium*, col conseguente *jus connubii*, e comprendere anche la *procreatio et educatio prolis*, quale elemento co-essenziale.

Questo contenuto del concetto di famiglia non risulta da alcun principio specifico enunciato nella Costituzione, ma è frutto di una interpretazione *orientata* dei suoi enunciati. Gli elementi di famiglia innanzi sinteticamente evocati nemmeno appartengano alla concezione di famiglia elaborata dalla cultura nazionale, dalla società e dai nostri legislatori, nei sessanta anni che ci separano dal 1948 e dalla fine della *religione dello Stato*.

Il concetto di *consortium totius vitae* è già stato escluso dalla legge del n.898 del 1970 sul divorzio e dal regime della famiglia scaturito dalla riforma del diritto di famiglia del 1975. Queste riforme hanno inciso sia sulla dissolubilità del vincolo, cioè sulla sua durata, sia sulla ampiezza del legame (oggi i coniugi sono liberi di decidere il regime della famiglia: articolo 144 c.c e meno obbligati a modelli comportamentali predefiniti.).

La *prolis procreatio* associata al concetto tradizionale di matrimonio, secondo alcuni, dovrebbe sussistere *secondo natura*, costituendo, perciò un insormontabile impedimento per gli omosessuali. Costoro praticano il sesso tra soggetti fisicamente



appartenenti allo stesso genere (sia pure con implicazioni psichiche di altro segno), in maniera diversa dalle coppie eterosessuali e non possono generare prole in *modo naturale*.

Concepire fra gli obblighi della famiglia quello della procreazione della prole mi sembra una forzatura priva di supporto legale e di principio, invocata per il persistere, forse inconscio, del pregiudizio verso costoro.

L'impossibilità fisica a procreare appartiene alle coppie omosessuali come alle coppie sterili. Anche una coppia eterosessuale e fertile può progettare il rifiuto di riproduzione. Dopo gli *otto milioni di baionette* reclamate da Mussolini per il suo glorioso impero, o la *selezione etnica* di Hitler in Germania, non risulta che lo Stato si sia attribuito il compito di obbligare alla procreazione. La scienza ha sopperito in vario modo al problema per le coppie sterili ed alcune soluzioni sono anche utilizzabili dalle coppie omosessuali (es: l'inseminazione eterologa). Tuttavia, fra le forze sociali vi è dibattito per la sostenibilità morale di alcune di queste soluzioni. La legge italiana ha posto alcuni divieti che allo stato renderebbero impossibile superare l'ostacolo.

La procreazione, la sua possibilità o non, è una situazione di fatto che non può inficiare il valore morale del *progetto di vita* che l'uno e l'altro tipo di coppia può eventualmente concepire.

Indubbiamente la Costituzione dedica attenzione alla procreazione come evenienza tipica della famiglia fondata sul matrimonio, ma prefigura anche quella naturale, cioè avvenuta fuori del matrimonio. Il che rappresenta quanto comunemente avviene in natura, ma non per questo determina un legame rigido fra i due fenomeni (matrimonio e procreazione), come dimostrato proprio dalla separata considerazione in due articoli della Carta (articoli 29 e 30).

Una larghissima maggioranza di Italiani aspira a contrarre matrimonio eterosessuale e molti di costoro generano figli legittimi, ai quali i Costituenti volsero la loro favorevole attenzione. Ma da queste norme non mi sembra evincibile un criterio di preferenzialità idoneo a discriminare le coppie omosessuali.

Il canone della *educatio prolis*, che per la Chiesa, come per lo Stato è stato connesso indissolubilmente alla funzione genitoriale, indipendentemente dalla sussistenza di un matrimonio legale e dai gusti sessuali dei genitori. Per lo Stato questa funzione (*munus pubblico*) è costituita anche attraverso il legame della adozione, cioè è scissa dalla creazione biologica. Anche sul tema della *imitatio naturae* e dell'adozione da parte di coppie omosessuali, la scienza e l'etica discutono e le opinioni sono molto articolate. Molte scienze possono fornire elementi utili (sociologia, psicologia, etc.). Non mi pronuncio su



scelte che richiedono competenze che non ho. Il problema specifico può essere approfondito e forse la soluzione, più che in linea astratta di principio, è da cercarsi di caso in caso. Almeno, tanto insegnano le casistiche delle adozioni già legalmente previste fra eterosessuali, nelle quali vi è un significativo tasso di difficoltà e di errore, dei cui danni non parlerò in questa sede.

Sotto il profilo giuridico, invece, la tutela dei minori privi di famiglia è un'esigenza che non sembra pregiudizialmente in contrasto con il desiderio di genitorialità degli omosessuali, che anzi porterebbe a concludere favorevolmente sulla loro capacità di contrarre matrimonio e costituire famiglia. Molti omosessuali vogliono costituire legami interpersonali stabili, fondati sull'affetto, sulla solidarietà, sull'assistenza reciproca, cioè aspirano a realizzare un progetto di vita comune secondo la propria personalità in nulla dissimile da quello degli eterosessuali. E' un'istanza posta da persone umane aventi pari dignità sociale, secondo i principi del nostro ordinamento costituzionale.

2.a.5 - I richiami alla morale ed al diritto di natura

Non sembra negabile il pari valore morale della opzione della coppia omosessuale di darsi un progetto di vita comune, di volere, al pari degli eterosessuali, condividere i diritti e doveri di cui al Capo IV ((Dei diritti e doveri che nascono dal matrimonio) del Titolo VI del Libro I del codice civile, o di costituire un rapporto di coniugio quale quello derivante dai Capi II e III di quel Titolo, con tutte le conseguenze di ordine successorio, assistenziale, personale, etc.

Molti omosessuali vogliono costituire legami interpersonali stabili, fondati sull'affetto, sulla solidarietà, sull'assistenza reciproca, cioè aspirano a realizzare un progetto di vita comune secondo la propria personalità in nulla dissimile da quello degli eterosessuali.

Vi è nella società italiana una domanda, da parte di una porzione rilevante e diffusa di soggetti, che aspira alla costituzione di una famiglia ed alla sua tutela giuridica, in condizioni di parità e senza discriminazioni, rispetto a quella tradizionale. E' un'istanza posta da persone umane aventi pari dignità sociale, secondo i principi del nostro ordinamento costituzionale. Se è vera la parità delle persone enunciata nell'articolo 3 della Costituzione, non mi sembra sussistano differenze di fatto veramente idonee a determinare discriminazioni legali. Queste ultime, finché restano, sono frutto della prepotenza di chi non vuole concedere parità di diritti ai propri simili, supponendo implicitamente una superiorità del proprio modo di essere che costituisce un pregiudizio. Non può desumersi, invece, che dal disegno costituzionale, specie se inteso nella sua *strutturalità*, possa evincersi un obbligo di



differenziazione nascente dall'attenzione verso la famiglia eterosessuale capace di riproduzione gamica.

Il problema è politico. I partiti, i Parlamentari che intendono assumere una posizione sulla domanda di famiglia dei cittadini omosessuali devono, a mio avviso, confrontarsi con queste tematiche.

La mia convinzione è che, non nella disciplina delle convivenze, ma nella disciplina del matrimonio vada introdotta una novellazione che dichiari esplicitamente la accessibilità all'istituto anche per soggetti dello stesso genere, senza tentennamenti ed *inciuci*.

Se per ragioni politiche si vuole porre una questione nominalistica, a mio opinione, una diversa denominazione del regime legale effettivamente paritario per i matrimoni degli omosessuali può essere accettata. Purché la distinzione sia puramente nominalistica.

2.b - Le unioni di fatto

Il fenomeno delle coppie di fatto è diverso. E' un fenomeno molto diffuso, che può riguardare sia gli etero che gli omo-sessuali. L'ignorarlo, da parte della classe politica, integrerebbe una grave colpa, come lo fu il lungo ignorare la piaga degli aborti clandestini.

Il rifiuto del matrimonio regolato dall'ordinamento civile, da parte di coppie eterosessuali (cui il matrimonio è consentito) e omosessuali (cui non è ancora consentito), è una scelta negativa verso un'opportunità che l'ordinamento, senza preclusioni e con la flessibilità derivante dagli istituti della separazione e del divorzio, offre (agli eterosessuali, ma, a mio vedere, dovrà offrire agli omosessuali).

Questo tipo di esigenze integrano una situazione opposta a quella delle coppie omosessuali che vorrebbero fruire dell'istituto del matrimonio scontrandosi con un divieto legale. Ecco perché non sembra ragionevole unificarle in un'unica legge.

Non sono favorevole ad istituire per le convivenze di fatto una generica tutela sul modello di un *simil-matrimonio di serie B*.

2.b.1 - Validità generale della valorizzazione delle libertà convenzionali e private

Il rifiuto del matrimonio ed il desiderio di ufficialità dell'unione di fatto integrano una fattispecie basata su rispettabili ragioni di principio. Perciò, devono necessariamente trovare dalle istituzioni una risposta di libertà e legalizzazione, almeno riferita alla sfera contrattuale e delle libertà private. Deve essere indistintamente lecito per queste coppie di normare per via negoziale tutto quanto non è incompatibile con l'impegno sociale del reciproco rispetto della persona umana. Parlo,



ad esempio, dell'esigenza di eliminazione dei pregiudizi ancora esistenti verso i *patti matrimoniali*, che prosperano in altri ordinamenti, estendendoli alle unioni di fatto. In tal modo si ancora alla chiarezza della volontà negoziale la libertà delle coppie di pattuire aspetti del loro regime di vita, sia nel matrimonio che nelle unioni di fatto; viceversa oggi vi è una tutela troppo ridotta, riconosciuta ai soli coniugi da matrimonio dall'art. 144 del codice civile.

La legge generale potrebbe garantire il riconoscimento della legittimità del fatto e delle convenzioni liberamente assunte dalla coppia, individuando i limiti di legittimità dei patti privati che i coniugi e i conviventi vogliono stabilire fra loro, alla luce dei principi fondamentali di rispetto della persona umana.

2.b.2 - Necessità di attenzione alla diversità delle esigenze poste a base della scelta delle unioni di fatto

Il rifiuto del matrimonio e la preferenza per altri tipi di unione non può costituire fatto limitato alla sola sfera privatistica. Comunque permangono aspetti influenti nelle relazioni sociali che la disciplina di interesse pubblicistico deve prendere in considerazione.

Le ragioni del rifiuto di legarsi col vincolo matrimoniale possono essere molte e diverse, ma una risposta politica e legislativa adeguata dovrebbe necessariamente muovere dalla loro analisi, comparandole con i principi fondamentali dell'ordinamento, che ad essi possano fare da supporto o limite. In mancanza, si rischierebbe di fare opera inutile o autoritaria.

2.b.3 - L'esigenza giovanile di unioni di fatto nascente dall'insicurezza sociale della loro condizione

Esemplificando, ma senza pretesa di oggettività o esaustività, immaginerei che le motivazioni del rifiuto del matrimonio, da parte di molti giovani, possano essere cercate nell'insicurezza del futuro, nella precarietà del guadagno e dai dubbi nascenti dall'assenza di garanzie previdenziali ed assistenziali delle loro occupazioni temporanee; oppure anche dall'effetto psicologico di dipendenza dai genitori, determinatosi nella nuova organizzazione sociale, che riverbera sulle famiglie di origine l'onere della protezione dei giovani, per molti e molti anni dopo l'adolescenza, anche dopo il conseguimento dei titoli di studio e l'avvio al lavoro.

Una tutela delle coppie di fatto, quale si adombra nelle proposte di legge attuali, non sembra rapportata alle motivazioni del rifiuto qui adombrate.

La tutela delle convivenze di fatto, il cui rifiuto del matrimonio nasca da ragioni di insicurezza economica e sociale, mi sembra costituire solo la conferma e resa ad una politica discriminativa verso i



giovani. Con l'offerta di palliativi marginali, si rafforza la loro condanna a rimanere nell'ingiusta situazione di vittime di una società di anziani, che occupano tutte le posizioni di responsabilità, privandoli di opportunità di formazione e responsabilità, salve le eccezioni del nepotismo.

A queste situazioni, invece, si deve rispondere con altre politiche, prima ed oltre a quelle della disciplina della famiglia. Sviluppo, occupazione, guadagno, abitazione, sicurezza, meritocrazia, opportunità, sono le politiche che possono vincere questo tipo di problema. E non solo, perché vi è anche il problema connesso della crisi di natalità, che ha le stesse cause.

2.b.4 - Il rifiuto del matrimonio, sia da parte dei giovani che di altri, può nascere anche da altre ragioni

Questo rifiuto non va concepito come antisociale, ma come rispettabile posizione culturale soggettiva. Si tratta di rifiuti qualificabili come opzione di coscienza muovente da varie e diverse volizioni personali, non necessariamente condizionate dai fattori innanzi adombrati. Anche in questi casi un'attenzione legislativa è possibile, è giusta, trova base negli articoli 2 e 3 della Carta, ma involge ragionamenti diversi e più complessi, per la necessità di valutare le ricadute dei motivi del rifiuto sulla possibilità di offrire garanzie più o meno analoghe a quelle offerte al matrimonio, in materia di previdenza, obblighi alimentari, o nel diritto commerciale, civile, penale.

Ad esempio, è giustificabile la concessione il beneficio della reversibilità della pensione, o la qualità di erede, se il rifiuto del matrimonio nasce dal desiderio di stabilire un'unione che non preveda il *mutuum adiutorium*? La tassazione successoria, se un diritto di successione fra conviventi viene previsto dalla legge, è giusto sia diversa da quella dei coniugi? Il convivente, indipendentemente dai motivi di scelta di questo regime di coppia, può essere compreso nella nozione di "prossimi congiunti" ai fini dell'applicazione della scriminante di cui agli artt. 307 e 384 c.p. a proposito del favoreggiamento nella commissione di delitti? E' per il reato di incesto di cui all'articolo 564 c.p.? Ancora, l'ammissione ai benefici di conservazione dell'alloggio in fitto, *post-mortem* o per rottura dell'unione, deve conseguire alla semplice durata temporale dell'unione o alla volontà dei conviventi di accedere a quel regime? La diversità dei motivi di istituzione dell'unione di fatto incide diversamente sulle situazioni diverse che la legge disciplina in riferimento alle relazioni interpersonali. La sensibilità del legislatore dovrà di volta in volta regolare questi fenomeni diversi, prestando attenzione alla *cultura reale della società* in quel tempo. Ogni disciplina di



tutela, per ciascun settore legale nel quale va ad influire, deve essere fondata su principi chiari e definizioni comprensibili per l'operatore giuridico, che non possono prescindere dalle motivazioni del verificarsi del fenomeno.

Non mi pronuncio sullo specifico se un'obiezione di coscienza al matrimonio ed ad alcuni dei diritti e doveri da esso nascenti secondo l'ordinamento civile, meriti la tutela assistenziale, previdenziale o successoria simili a quelle apprestate per la famiglia legale. Le decisioni politiche per offrire una tutela con valore pubblicistico alle coppie di fatto, tutela che presumo non dovrà essere del tutto coincidente rispetto al matrimonio, potranno essere assunte individuando di caso in caso il rilievo loro riconoscibile nelle singole leggi regolative di peculiari situazioni (es: locazioni, imposte, ma anche reati familiari, rapporti economici), considerando l'effettivo loro modo di essere ed i principi generali cui ancorare le singole tutele accordate.

La tutela delle unioni nascenti dal rifiuto del matrimonio come opzione di principio, in tutta la gamma di motivazioni che ne è all'origine, realizza la ufficializzazione della costituzione di una *formazione sociale* diversa, perché potenzialmente rifuggente dall'assunzione delle responsabilità (doveri) ad esso connessi (art. 143 cc). Essa può prevedere la legittimità, riconoscendo ai suoi componenti tutto il diritto di disposizione che non contrasti con principi fondamentali della convivenza civile. Contemporaneamente, il rifiuto dell'assunzione di responsabilità connesse al legame matrimoniale, quando fondato su motivi leciti, deve portare a calibrare la rilevanza *pubblica* di questo tipo di legame, comparando le motivazioni della coppia col quadro dei principi fondamentali, e stabilendo se debbano dare luogo a parentela, affinità, o situazioni assimilabili. Perciò, non è contro i principi costituzionali che non riceva tutte le tutele pubblicistiche standard del matrimonio.

3. Notazione storico-ecclesiasticistica

Mi sembra esagerato e pretestuoso il riferimento alla cultura cristiana di cui la nostra società sarebbe *irrimediabilmente* permeata per contrastare una legislazione sulle convivenze.

Valga l'accento fatto prima al concetto moderno di diritto naturale secondo Gustavo Zagrebelsky.

Questa cultura viene invocata a sostegno della necessità di coerenza fra i valori enunciati dalla Chiesa cattolica e i principi che presiedono alla legislazione civile, non perché si debba essere per forza



tutti cattolici, ma perché il cattolicesimo è alla radice della nostra cultura nazionale.

Non voglio ripercorrere la diatriba fra la funzione dividente o unificante delle fedi religiose nella società contemporanea o in quelle passate; nemmeno voglio evocare la pluralità di radici culturali esistenti nel caleidoscopio della nostra cultura *presente*, fatta di illuminismo, cristianesimo, mercantilismo, consumismo e tanto altro.

Ritengo necessario ricordare che, lo strappo fra cultura religiosa cattolica e istituzioni civili si è consumato col R.D. n. 2358, del 25 giugno 1865, di adozione del nuovo codice civile. Con quel codice si istituì il matrimonio civile (art. 93 ss), che – senza proibirlo – rese giuridicamente inesistente il matrimonio religioso. Precedentemente, il sacramento matrimoniale costituiva l'unica forma di costituzione sociale della famiglia ed aveva valore di fatto per l'autorità civile. Lo Stato unitario, nel XIX secolo, decise di addurre alla sua giurisdizione la formazione e la disciplina della famiglia legittima, relegando il fatto religioso alla sfera privata. Ancorché il primo matrimonio civile ricalcasse pedissequamente il modello religioso, con la sola differenza di essere regolato dalla sovranità statale e senza interferenze della Chiesa, la stessa attribuzione della materia alla competenza civile costituiva lo strappo alla situazione precedente ed al governo religioso della famiglia legale.

Tutto ciò che è avvenuto successivamente, non ha modificato il dato strutturale della separazione fra sfera civile e sfera religiosa. Nemmeno la conciliazione del 1929, con l'art. 34 del Concordato lateranense, ha veramente sanato quello strappo. Col concordato lateranense la Chiesa ottenne una sua nuova presenza nel pubblico, la efficacia civile del matrimonio religioso (con le forme del richiamo al diritto canonico per la formazione dell'atto nei *matrimoni concordatari*) e il riconoscimento della giurisdizione ecclesiastica in materia matrimoniale. Ma dovette accettare che il regime della famiglia e lo *status* legale di coniuge, con relativa disciplina di diritti e doveri, provenissero definitivamente dalla sola legge civile.

Il divorzio ha segnato in maniera definitiva lo smarcamento anche culturale dal modello religioso, unico elemento di ideale continuità storica fra sacramento e contratto civile rimasto fino ad allora. La riforma del diritto di famiglia, l'interruzione della gravidanza, i progressi della medicina nella sfera riproduttiva e delle conoscenze biologiche, hanno ulteriormente distinto il modello sacramentale di matrimonio e della famiglia da quello civilistico.

L'odierna battaglia della Chiesa, quindi, presentata come legittima espressione del *munus* magisteriale, per la libertà a lei



assicurata di enunciazione del punto di vista dei valori della religione sui comportamenti dei cristiani, sembra avere ad oggetto beni già definitivamente persi nella competizione coi poteri civili.

Non voglio sollevare qui la questione della legittimità degli specifici interventi delle autorità ecclesiastiche in ambito politico. Nemmeno per le esplicite pressioni sui governanti e sui poteri dello Stato. Ma questi interventi, almeno sotto il profilo politico, sembrano un'ennesima manifestazione di una *guerra di trincea* con le istituzioni politiche dello Stato che la Chiesa ritiene di condurre, difendendo baluardi che non appartengono al suo patrimonio (il matrimonio civile), per la pretesa di affermare il proprio punto di vista nei confronti di tutta la società, ad onta del pluralismo culturale e del fatto che, la società alla quale si rivolge la Chiesa molto spesso ignora o perlomeno, non segue disciplinatamente quelle idee.

4. La politica e la dottrina

Le esigenze della società, sia pure di una porzione di essa, devono trovare un'interlocuzione nella sfera politica per essere tradotte in atti normativi. Negli anni settanta il partito liberale, i socialisti, i radicali erano i vessilliferi delle libertà civili (divorzio, diritto di famiglia, aborto). A loro dobbiamo molte delle riforme dell'epoca. Messi tutti insieme (e non sarebbe stato facile) quei partiti non avevano i voti necessari a fare approvare le riforme che propugnavano. La loro spinta politica e culturale, la proposta di dibattito su quei temi da loro avanzata, incontrò il consenso della società, finalmente consultata, portando al consenso anche i partiti titubanti (il PCI) o alla tolleranza i partiti tendenzialmente contrari (la DC).

Oggi, quali partiti sorti post-tangentopoli hanno voglia di intraprendere le battaglie di cui parliamo? Quali organizzazioni di partito hanno gli strumenti per dialogare con quelle fasce di società che pongono i problemi di cui parliamo? Quali di esse ne hanno effettivamente voglia?

La caduta del partito ufficialmente cattolico e la diffusione del *braccio secolare* in tutti i partiti, ha ingessato le forze politiche. Se ne è giovata la Chiesa, occupando lo spazio politico in maniera diretta, organizzando spazi di elaborazione culturale di segno religioso che forgiavano le nuove generazioni, candidandole a ceto dirigente del domani. Meno fortunata è quella parte di società che non si riconosce in quei valori e non trova organizzazioni politiche interessate alle elaborazioni che muovano da questa diversa impostazione dei problemi. La paura di perdita del supposto ultimo voto cattolico



paralizza le organizzazioni partitiche attuali, chiuse in oligarchie non comunicanti con la società, censurando anche la libertà di opinione.

Ma se è vero questo, dobbiamo parlare di riforme elettorali e di ricostruzione della forma partito per la politica nazionale (articolo 49 Cost.), non di famiglia.

Questi problemi riguardano anche la *funzione militante* dei saperi scientifici.

L'Università è un servizio dello Stato non solo deputato all'espletamento delle cosiddette *lezioni frontali* o per consentire ad un ceto curiale l'elaborazione di bei saggi, che restano rigidamente relegati nei tomi consultati da pochi addetti ai lavori. Il sapere che vi si elabora deve essere oggetto di comunicazione e confronti in molti luoghi, non nelle sole aule. Deve confrontarsi col potere politico, anche lottando contro di esso, ove si ravvisi chiusura, indifferenza, di chi fa le leggi. Ma molti di noi sono paghi del ruolo di *consigliere del principe*, che garantisce più vantaggi, anche se, forse, tradisce l'essenza della cultura: il confronto.